

FABRICIO TEILO DE ARAUJO

O CONCURSO DE PESSOAS EM FACE DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

CURITIBA

2003

FABRICIO TEILO DE ARAUJO

O CONCURSO DE PESSOAS EM FACE DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel no curso de
graduação em Direito, da Faculdade de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Chemin Guimarães

CURITIBA

2003

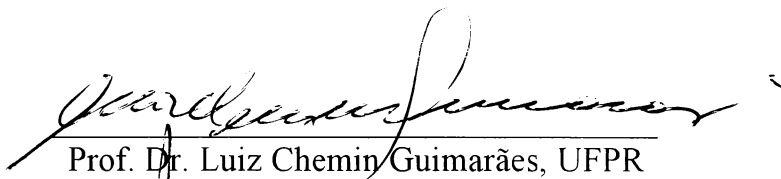
TERMO DE APROVAÇÃO

FABRICIO TEILO DE ARAUJO

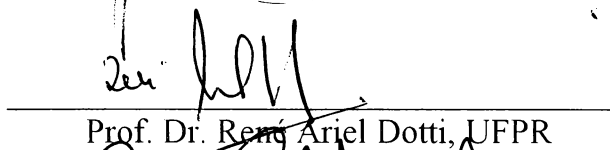
O CONCURSO DE PESSOAS EM FACE DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

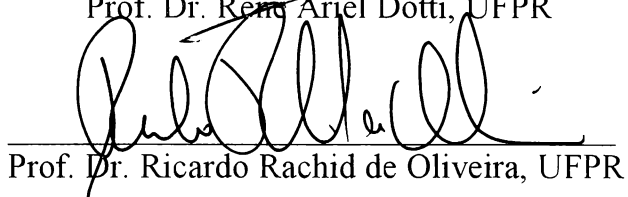
Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no curso de graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador:


Prof. Dr. Luiz Chemin Guimarães, UFPR

Membros:


Prof. Dr. Renê Ariel Dotti, UFPR


Prof. Dr. Ricardo Rachid de Oliveira, UFPR

Curitiba, 07 de outubro de 2003.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 DO CONCURSO DE PESSOAS	3
2.1 ESPÉCIES	3
2.1.1 Concurso Necessário	3
2.1.2 Concurso Eventual	4
2.2 NATUREZA JURÍDICA	4
2.2.1 Teoria Unitária ou Monista	4
2.2.2 Teoria Dualista	5
2.2.3 Teoria Pluralista	5
2.2.4 Exceções Pluralistas da Teoria Unitária	5
2.3 REQUISITOS	7
2.3.1 Pluralidade de Condutas	7
2.3.2 Relevância Causal das Condutas	7
2.3.3 Liame Subjetivo	8
2.3.4 Unidade de Delito para Todos os Agentes	9
3 DA AUTORIA E PARTICIPAÇÃO	11
3.1 AUTORIA E CO-AUTORIA	11
3.1.1 Autoria	11
3.1.1.1 Teorias	11
3.1.1.1.1 Teoria restritiva	11
3.1.1.1.2 Teoria extensiva	12
3.1.1.1.3 Teoria do domínio do fato	13
3.1.1.2 Autoria colateral	14
3.1.1.3 Autoria incerta e ignorada	14
3.1.2 Co-Autoria	15
3.2 PARTICIPAÇÃO	16
3.2.1 Natureza Jurídica	18

3.2.1.1 Teoria causal.....	18
3.2.1.2 Teoria da acessoriedade	19
3.2.2 Formas de Participação	22
3.3 PARTICIPAÇÃO EM DIVERSAS FORMAS DE CRIMES	24
3.3.1 Delitos Dolosos e Culposos	24
3.3.2 Delitos Comissivos e Omissivos	25
4 DA PUNIBILIDADE	28
4.1 COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA	29
4.2 COMUNICABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS E CONDIÇÕES DE CARÁTER PESSOAL.....	30
4.3 FORMAS DE PARTICIPAÇÃO NÃO PUNÍVEIS	34
4.3.1 Participação Impunível	34
4.3.2 Autoria Mediata.....	35
4.3.3 Conivência.....	37
5 CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	44

RESUMO

O concurso de pessoas, mais especificamente o concurso eventual, é tratado no trabalho em estudo, sob a perspectiva do Código Penal brasileiro após a reforma de 1984, dentro das teorias aplicadas no estatuto repressivo. Nessa ótica faz-se a diferenciação dos concorrentes ao delito, também através das teorias adotadas pelo referido Código. Assim, determina-se a participação de cada um no evento criminoso: se esta concorrência é principal, sendo autor ou co-autor, ou então acessória, sendo partícipe. Analisa-se, outrossim, as diversas formas de participação em várias espécies de crimes, sempre de acordo com a parcela de culpabilidade que cada agente contribui ao evento, e a possibilidade de participação nessas formas de delitos. Por fim, expõe-se a punibilidade relativa aos participantes do concurso, suas formas de aumento e de diminuição, bem como a não aplicação da pena, isso tudo de acordo com a concorrência de cada agente ao fato delitivo.

Palavras-chave: concurso; autor; co-autor; partícipe; participação; culpabilidade; acessoriedade; punibilidade.

1 INTRODUÇÃO

A infração penal, na maioria das vezes, é praticada por uma só pessoa. Entretanto, não raro, é produto de duas ou mais. A associação ocorre por diversos motivos, seja para garantir a execução do crime, seja para assegurar a impunidade de seus praticantes, ou ainda satisfazer interesses pessoais. Ocorrendo esta associação, está-se diante do “concurso de pessoas”.

Várias são as expressões usadas para nomear a circunstância em que é praticada a infração penal por mais de uma pessoa, entre elas temos: co-delinquência, concurso de pessoas, co-autoria, participação, co-participação ou concurso de delinquentes. O atual Código Penal brasileiro, no título IV da Parte Geral, emprega a expressão “Do concurso de pessoas”. Já na exposição de motivos da nova Parte Geral, após a reforma de 1984, explica-se que a denominação aplicada atualmente é mais abrangente, pois a terminologia “co-autoria” que era empregada antes da referida reforma não esgotava as hipóteses do *concursum delinquentium*.¹

Com efeito, não é correto dizer que co-autoria caracteriza todos os casos de concurso de pessoas, dada a existência de outra forma de concurso chamada de participação;² sendo, portanto, a co-autoria uma espécie do gênero concurso de pessoas. Dessa forma, “não se pode entender que, para o atual Código Penal, todos que concorrem para o crime sejam autores, e sim, que todos que concorrem têm, em princípio, a mesma pena estabelecida para o autor.”³

Dentro do concurso de pessoas, quando a pluralidade de agentes está contida no tipo normativo, sendo necessário para a formação do delito a concorrência de mais de um agente, tem-se o concurso necessário. Entretanto, quando o preceito primário da norma penal prevê que um crime pode ser praticado por apenas um sujeito, e este é realizado por dois ou mais, estamos diante do concurso de pessoas de que trata o título IV da Parte geral do Código Penal brasileiro, o concurso eventual.

¹ BRASIL. **Código penal**. Exposição de motivos da nova parte geral. Item 25.

² Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral, p. 309.

³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 665.

Verifica-se no concurso de pessoas, mormente pelo tratamento encontrado no Código Penal, um tema de grande relevância ao mundo jurídico, visto o enfoque dado a norma penal.

Os crimes tipificados, no preceito primário da norma penal, como crimes de concurso necessário, já inserem os agentes infratores no contexto do delito, remetendo-os ao preceito secundário da própria norma; a pena.

A figura penal do concurso eventual, nesse passo, torna-se importante na medida em que insere os partícipes no tipo através de outra norma que não a do crime realizado, chamada de integrativa ou de extensão, para que lhes seja então aplicada uma pena, uma vez que tais partícipes têm uma conduta que por si só não é típica. Assim, o agente infrator responderá pelo crime cometido de acordo com sua parcela de culpa, no que efetivamente concorreu à prática do delito.

Entretanto, se todos os que concorrem para o crime não são autores, como se fazer a distinção entre os participantes (autor, co-autor e partícipe) do delito? Em todos os tipos de crimes pode ocorrer a figura do concurso de pessoas? Que pena será adotada a cada agente e de que forma?

Em face do Código Penal atual, isto é, após sua reforma com a Lei 7.209 de 11.07.1984, analisar-se-á o concurso de pessoas de acordo com as teorias e problemáticas que cercam o tema, fazendo-se, para isso, a distinção entre autor, co-autor e partícipe, bem como explorando as formas de participação nos tipos de crimes, e a punibilidade aplicada a cada agente concorrente, dentro da contribuição pessoal e causal ao delito cometido.

2 DO CONCURSO DE PESSOAS

2.1 ESPÉCIES

2.1.1 Concurso Necessário

O concurso necessário é formado por delitos plurissubjetivos, ou seja, necessita-se de duas ou mais pessoas para a caracterização do tipo penal, como o crime de rixa, descrito no artigo 137 do Código Penal. Com efeito, a norma penal, no preceito primário, descreve no núcleo do tipo, no verbo, a necessidade (*conditio sine qua non*) da concorrência de mais de uma pessoa para a realização da infração penal. Extraí-se da norma penal que a co-autoria é obrigatória no concurso necessário, podendo ou não haver participação de terceiros no crime.

Nesse tipo de concurso, os crimes dividem-se em concurso de condutas paralelas, convergentes e contrapostas.

O concurso de condutas paralelas ocorre quando há o auxílio mútuo entre os agentes, visando a produção de um resultado comum. Os delinquentes unem-se e em colaboração atuam na mesma direção e sentido, para a realização do mesmo evento. É o caso de quadrilha ou bando, descrito no artigo 288 do Código Penal.

O concurso de condutas convergentes, verifica-se quando as condutas encontram-se para a realização do resultado, dirigindo-se uma a outra. As ações, embora partindo de pontos opostos, desenvolvem-se em colaboração e com a finalidade de se encontrarem para a produção do evento. Aqui, temos o crime de adultério, tipificado pelo art. 240 do CP.

Por fim, no concurso de condutas contrapostas, estas se movem de pontos opostos e são praticadas umas contra as outras. Os delinquentes são ao mesmo tempo sujeitos ativos e passivos do crime. A rixa é um exemplo desse tipo de conduta.

2.1.2 Concurso Eventual

O concurso eventual forma-se por crimes monossubjetivos, isto é, podem ser praticados por uma só pessoa. A norma penal, nesse caso, não descreve o concurso no preceito primário. Quando o crime monossubjetivo é, no entanto, produto de mais de uma pessoa, ocorre o concurso eventual, que poderá se dar sob a forma de co-autoria ou participação, dependendo da forma como cada delinqüente concorreu para a prática do crime.

O concurso eventual é tratado pelo Código Penal brasileiro através do título IV da Parte Geral, mais especificamente, pela norma chamada de integrativa ou de extensão do artigo 29, *caput*, que determina: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Discute-se se a prática delituosa em concurso configura-se em um ou mais crimes. Acerca disso, existem três teorias que procuram explicar essa natureza jurídica do concurso de pessoas, a teoria unitária ou monista, a teoria dualista e a pluralista.

2.2.1 Teoria Unitária ou Monista

Partindo da concepção da equivalência das condições necessárias à produção do resultado, a teoria unitária, de caráter objetivo, tem origem no artigo 110 do Código Penal italiano, e funda-se na unidade do crime. Assevera que, não obstante o delito ser praticado por várias pessoas, os agentes criminosos respondem por um único crime. Não há distinção entre autor, co-autor ou partícipe. Sendo assim, todo aquele que concorre para o crime responde por ele da mesma forma.

Adotada pelo Código Penal de 1940, a teoria unitária foi mantida pela reforma de 1984, ainda que de forma materializada ou temperada, já que estabeleceu certos

caus de participação e um verdadeiro reforço do princípio constitucional da individualização da pena.⁴

2.2.2 Teoria Dualista

Para a teoria dualista, há dois crimes, um praticado pelos autores e outro pelos partícipes. Aqueles que cometem a conduta descrita no núcleo da norma são autores e respondem pelo tipo violado. Os partícipes, por sua vez, desenvolvem uma conduta secundária não descrita no verbo do tipo penal e, portanto, cometem um crime autônomo, diferente do praticado pelo autor.

A crítica que se faz a essa teoria é de que, as participações de cada um dos agentes não são formas autônomas, mas concorrem para um mesmo resultado, para um único delito, que deriva de todas as causas diversas; das condutas dos participantes.

2.2.3 Teoria Pluralista

Adotando um caráter subjetivo, esta teoria afirma que, “a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular.”⁵ Há, pois, uma pluralidade de crimes e de agentes. Existem tantos crimes quantos forem os agentes participantes, e a cada qual corresponderá uma punição individual, de acordo com o delito por ele cometido.

A mesma crítica se faz aqui, adotada em relação à teoria dualista; o crime é um só fato, resultado de várias condutas que tem uma única finalidade.

2.2.4 Exceções Pluralistas da Teoria Unitária

Embora tendo sido adotada pelo Código Penal atual, como regra, a teoria unitária, no *caput* do art. 29, determinando que todos os que concorrem para o crime,

⁴ Cf. PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, p. 394.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral, p. 377.

incidem nas penas a ele cominadas, deixando claro, portanto, que se trata de um único e indivisível delito para todos os participantes, em princípio; adota como exceção, o CP, a teoria pluralista, pois permite uma dosagem adequada da pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada participante, na medida da culpabilidade perfeitamente individualizada.⁶ Como afirma René Ariel DOTTL, a referência à culpabilidade no final do art. 29 é “uma proclamação de princípio que ilumina todo o quadro do concurso e introduz uma autêntica *cláusula salvatória* contra os excessos a que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante”.⁷

Ademais, o § 2.º do art. 29, dispõe: “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste...”. Aqui, o legislador determina a imputação por outra figura típica quando o agente teve intenção de participar de infração menos grave. Com efeito, não obstante os participantes do crime, em regra, devam responder por um único delito, na norma citada excepciona-se a responsabilidade por crime de menor relevância, quando esta foi a intenção do agente.

É o caso do motorista que conduz outros agentes a uma residência para prática de um furto, acreditando que não há ninguém no interior da casa. No entanto, enquanto aguarda no carro, os outros delinquentes deparam-se, dentro da casa, com uma mulher que reage e é morta. O partícipe que está no carro, imaginando se tratar de um crime de furto, apenas por este responderá, pois sua única intenção foi a de participar dele.

Existem, ainda, outras exceções em que o participante responde como autor de crime autônomo, como o provocador do aborto que responde pela figura do artigo 126 do Código Penal, ao passo que a gestante que consentiu com o ato, em vez de ser enquadrada como partícipe, responde por outro delito, de acordo com o art. 124. Outro exemplo, é a hipótese de casamento entre pessoa já casada e outra solteira, aqui, respondem os agentes, respectivamente, pelas figuras tipificadas no art. 235, *caput*, e § 1.º, do mesmo artigo do Código Penal.

⁶ Nesse sentido: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**, p. 232.

⁷ DOTTL, René Ariel. **Reforma penal brasileira**, p. 98.

2.3 REQUISITOS

Para que o concurso de pessoas se caracterize são necessários alguns requisitos, quais sejam: pluralidade de condutas, relevância causal das condutas, liame subjetivo e unidade de delitos para todos os agentes.

2.3.1 Pluralidade de Condutas

Para que haja o concurso é necessário que haja pelo menos duas condutas dirigidas a um mesmo objetivo, que é a realização do delito; podendo ser principais (autor e co-autor) ou uma principal e outra acessória (autor e partícipe). Porém, embora todos os participantes queiram contribuir com a realização de um delito, não o fazem necessariamente da mesma forma e nas mesmas condições.

Além da pluralidade de condutas, nas palavras de René A. DOTTI:

É fundamental, no entanto, que o concorrente seja imputável, tenha consciência da ilicitude do fato (ou possa adquirir essa consciência) e que, nas circunstâncias do caso concreto, poderia e deveria agir de outro modo. Sem tais requisitos não se caracteriza, quanto a ele, o concurso na forma prevista no art. 29 do CP. Com efeito o texto exige, como elemento típico, a capacidade de culpa daquele que, 'de qualquer modo, concorre para o crime' para receber a pena adequada à sua culpabilidade.⁸

2.3.2 Relevância Causal das Condutas

Não basta que o agente do concurso realize atividade pretensamente criminosa. A conduta realizada, do ponto de vista objetivo, deve ter nexo de causalidade com a realização do evento, ou seja, a contribuição do agente tem de ser relevante ao delito, na medida da sua execução. É da eficácia causal da participação no produzir o “fato típico”, que surge o concurso e a punição do participante. Constitui a causalidade, o vínculo que estreita todas as condutas e as engloba na estruturação de um crime único.

⁸ DOTTI, R. A. **Curso de direito penal: parte geral**, p. 353

Cada uma das condutas individuais precisa se inserir na corrente causal, influenciando efetivamente sobre o resultado. Sem um comportamento relevante, sob o aspecto causal, não se pode falar em participação. Assim como ensina José Frederico MARQUES:

É necessário, portanto, que o comportamento do agente não fique preso ao mundo da *cogitatio*, nem se traduza apenas em desejo de participar do crime, ou em aprovação dos atos de outrem que irá provocar o comportamento criminoso. Não há participação no crime, relevante para o direito penal, sem ato exterior que se inclua na cadeia causal. A manifestação de vontade dirigida à perpetração de um delito, só é punível quando provoca a prática de atos materiais que preparem ou realizem a execução do crime.⁹

Assim, se alguém que empresta uma arma a outrem para a prática de homicídio, pretendendo participar deste, mas o crime não chega ao menos a ser tentado, não poderá o primeiro ser tido como partícipe, pois sua conduta foi irrelevante, sem qualquer eficácia causal. Da mesma forma, não há relevância causal na conduta daquele que pratica ato após a consumação do delito. Neste caso responderá o sujeito por crime autônomo, mas não pelo crime consumado.

2.3.3 Liame Subjetivo

Deve haver um liame de ordem subjetiva que prenda as diversas condutas, que objetivamente se ligam através da causalidade.¹⁰ Vale dizer, é necessário a consciência dos agentes de que participam de uma obra comum. A ausência do elemento psicológico desnatura o concurso, transformando-o em condutas isoladas. Sem o concurso de vontades desaparecerá o concurso de pessoas. Ao lado, pois, do elemento objetivo, que é vínculo de causalidade, deve existir o elemento subjetivo, que é a vontade de cooperar no crime.

É necessário, outrossim, a homogeneidade do elemento subjetivo, não se admitindo participação dolosa em crime culposo e vice-versa. Nas palavras de Francesco CARRARA, “concorre ao delito com vontade e com ação todo aquele que,

⁹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. p. 407-408.

¹⁰ Ibid., p.408.

aiem de desejar a violação do direito que o delito ameaça, intervém pessoalmente em alguns dos atos que constituem o seu elemento material”.¹¹

Porém, apesar da necessidade de que as vontades dos agentes se encontrem para a produção do resultado, não se exige acordo prévio entre eles, bastando apenas a voluntária adesão de uma vontade à outra, pouco importando que seja ignorada ou até mesmo recusada por quem a recebe.

Como frisa Giuseppe BETTIOL, “é solo in niferimento alla persona del partecipe che va cercato e delineato l’elemento soggettivo della partecipazione.”¹²

2.3.4 Unidade de Delito para Todos os Agentes

“Não se trata, propriamente, de um requisito, mas de consequência jurídica em face das outras condições.”¹³

Não obstante haver pluralidade de condutas, um só delito é praticado pela empresa criminosa. Em torno da autoria, que é a conduta principal, juntam-se as condutas acessórias para a realização de um único crime.

O alargamento do âmbito da norma incriminadora não multiplica o número de delitos, pois a atividade dos participantes e do autor principal se amalgamam numa só infração. Não há, portanto, um crime principal de par com os atos de concurso dos participantes. Cada um dos réus responde por um fato próprio, mas de tal forma que no fato singular se reflita o fato coletivo, pois que as várias ações se fundem para constituírem um único fato.¹⁴

O Código Penal, em regra, adota essa teoria monista, onde deve haver entre os participantes da empresa criminosa uma unidade no crime, ou seja, para que haja o concurso, todos os participantes do delito devem ser responsáveis pelo mesmo tipo penal.

¹¹ CARRARA, Francesco. **Programa de direito criminal**: parte geral, p. 327.

¹² BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**, p. 650. “Só em relação à pessoa do partecipe se torna imprescindível o elemento subjetivo da participação.”

¹³ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral, p. 424.

¹⁴ Cf. MAGGIORE, Giuseppe. **Diritto penale**, p. 563.

Daí a conclusão de que mudando o título do crime a respeito de um dos participantes, deve a transformação operar-se relativamente a todos os que contribuíram para o resultado criminoso.

3 DA AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

3.1 AUTORIA E CO-AUTORIA

3.1.1 Autoria

Em princípio, autor do crime é o sujeito que executa a conduta típica expressa pelo verbo da figura delitiva.¹⁵ Ou, na lição de BETTIOL, é “autore chi realizza colpevolmente com il proprio comportamento un fatto previsto come reato de una legge incriminatrice, e determina così la lesione effettiva ovvero potenziale di un bene tutelato.”¹⁶

3.1.1.1 Teorias

Há três teorias que procuram explicar a autoria, a teoria restritiva, a teoria extensiva e teoria do domínio do fato.

3.1.1.1.1 Teoria restritiva

De acordo com esta teoria, autor é quem realiza a conduta descrita no núcleo do tipo, no verbo. É aquele que mata, que subtrai, falsifica, *etc.* Adotando o critério formal-objetivo, a referida teoria se atém à descrição típica para definir a autoria. Sendo assim, o mandante de um crime não pode ser considerado autor, uma vez que não realizou a conduta típica descrita na regra penal, não realizou atos de execução do núcleo do tipo, ou seja, apenas mandou matar, mas não matou. Realizar a conduta típica é, portanto, objetivamente distinto de favorecer a sua realização. Deduz-se daí

¹⁵ Cf. SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**, p. 244.

¹⁶ BETTIOL. Op. cit., p. 638. “É autor quem realiza culpavelmente com o próprio comportamento um fato previsto como crime de uma lei incriminadora, e determina assim uma lesão efetiva ou potencial de um bem tutelado.”

que, autoria e participação também devem ser distinguidas através de critérios objetivos.¹⁷

Nessa linha, a participação é entendida como causa de extensão da punibilidade, por não se integrar a figura típica e por constituir comportamento impunível, em princípio. Partícipe, então, é aquele que sem praticar o núcleo do tipo, concorre de qualquer modo para a sua realização, sempre mediante atos distintos da conduta principal descrita no modelo incriminador.

O Código Penal adota a teoria restritiva, uma vez que os arts. 29 e 62, embora não expressamente, fazem distinção entre autor e partícipe. Autor é somente quem realiza a conduta típica descrita no núcleo do tipo, sendo partícipe, o concorrente do delito que, sem realizar a conduta típica, ajuda na realização do crime.

Alguns problemas, no entanto, como o de autoria mediata, não são resolvidos apenas com a teoria restritiva. Surge, pois, a necessidade de a doutrina socorrer-se da teoria do domínio do fato que, conjuntamente com a restritiva, dão adequação própria aos casos concretos.

“Realmente o Código Penal de 1984 adotou a tese finalista, como pode ser demonstrado pela introdução do dolo na estrutura da conduta e na conceituação do erro de tipo e de proibição. Por coerência lógica, admite-se que também acolheu a teoria do domínio do fato.”¹⁸

3.1.1.1.2 Teoria extensiva

Diferentemente da teoria restritiva, e partindo da equivalência das condições, a teoria extensiva adota o critério material-objetivo para encontrar o autor do fato. Aqui, autor é aquele que concorre de qualquer modo para o resultado do crime. Sendo assim, tanto autor como partícipe são considerados autores, pois realizaram conduta relevante para o objetivo criminal, não importando se tal conduta foi decisiva ou insignificante para a execução do crime.

¹⁷ Cf. BITENCOURT. Op. cit., p. 382.

¹⁸ JESUS. Op. cit., p. 408.

Não se pode ignorar entretanto, que existem preceitos especiais sobre participação, sendo necessário tratar esta diferentemente da autoria. Assim, no entender da teoria extensiva, o tratamento diferenciado que se dá ao auxiliador e ao instigador, constitui causas de restrição ou limitação da punibilidade.

3.1.1.1.3 Teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato parte da teoria restritiva de autor, mas não adota critérios puramente objetivos como aquela, e nem puramente subjetivos para determinar a autoria do crime, sintetiza ambos os critérios. Essa teoria faz a delimitação correta entre autor e partícipe.

Autor, segundo a teoria do domínio do fato, é quem tem o poder de decisão sobre o fato, ou seja, aquele que domina mediante o poder de determinar o seu modo e, inclusive, quando possível, de interrompê-lo.¹⁹ Não importa se o agente pratica ou não o verbo descrito no tipo legal. Dessarte, não só aquele que executa a conduta principal do tipo penal, é considerado autor, mas também, o que se vale de outrem para realização do crime, como na autoria mediata. Essa teoria assenta-se em princípios relacionados à conduta e não ao resultado.

Nessa linha, “partícipe é quem, sem um domínio próprio do fato, ocasiona ou de qualquer forma promove, como ‘figura lateral’ do acontecimento real, o seu cometimento.”²⁰ Assim, autor é quem dirige a ação, tendo o completo domínio sobre a produção do resultado, enquanto partícipe é um simples concorrente acessório.

A teoria do domínio do fato só é aplicável aos crimes dolosos, sejam materiais, formais ou de mera conduta. Nos culposos, inexistente distinção entre autoria e participação. É autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico, deixando de observar o cuidado objetivo necessário.

¹⁹ Nesse sentido: BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**, p. 53.

²⁰ WESSELS, Johannes. **Direito Penal**: parte geral, p. 119.

3.1.1.2 Autoria colateral

A autoria colateral ocorre quando agentes desconhecendo a conduta um do outro, realizam atos convergentes à produção do evento, visado por todos. Ou seja, os agentes produzem condutas independentes, esperando um resultado típico, sem atuarem contudo, conjunta ou conscientemente, inexistindo, pois, liame psicológico entre eles. Na autoria colateral, não é a adesão à resolução criminosa comum que não existe, mas o dolo dos participantes, individualmente considerado, que estabelece os limites da responsabilidade jurídico-penal dos autores.²¹

Um exemplo de autoria colateral ocorre quando dois sujeitos, sem o conhecimento da presença um do outro, colocam-se de tocaia para matar um terceiro que passará pelo local. Passando este, ambos os agentes desferem tiros contra ele, matando-o. Nesse caso, se houvesse liame psicológico entre os agentes, ambos responderiam, como co-autores de homicídio; pois, seria indiferente saber qual disparou o tiro fatal. Entretanto, para a autoria colateral, é imprescindível saber qual foi o evento produzido por cada um. Se apenas o tiro de um deles provocou a morte, então o que desferiu o tiro fatal responderá por homicídio, enquanto o outro por tentativa desse crime.

3.1.1.3 Autoria incerta e ignorada

Ocorre a autoria incerta quando, na autoria colateral, não se consegue determinar quem foi o causador do evento. Usando-se o exemplo da autoria colateral acima mencionado, a autoria incerta configura-se quando a vítima passa e é morta por tiros de um dos revólveres, não se podendo apurar de qual dos agentes foi o causador do evento.

De acordo com a teoria unitária, se mesmo que apenas um dos agentes desconhecesse a presença do outro, mas este último soubesse da intenção de matar do

²¹ Cf. STRATENWERH, Günter. **Derecho penal**: parte general, p. 254.

primeiro e a ela aderisse, então, ambos responderiam por co-autoria em homicídio. Porém, como dito, nenhum sabe da presença do outro.

Nesse caso, a única solução, já que em face do Código Penal não pode ser resolvida, é de punir os dois sujeitos como autores de tentativa por homicídio; pois, desconhece-se a autoria do delito.

Diferentemente do que ocorre na autoria incerta, a autoria ignorada ocorre quando não se consegue determinar quem foi o realizador da conduta. A diferença consiste em que na primeira, não obstante se poder determinar quais foram os autores do delito, não se pode afirmar quem produziu o evento. Já na autoria ignorada nem isso é possível.

3.1.2 Co-Autoria

É uma reunião de autorias, é a realização, em conjunto, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Co-autoria é, em última análise, a própria autoria.²² O co-autor tem consciência de estar contribuindo na realização do delito, não sendo necessário um acordo prévio. Cada co-autor possui o domínio da realização do fato, em conjunto com os outros co-autores; há uma distribuição de atividades, não realizando cada co-autor, necessariamente, a mesma atividade material que o outro. A tarefa realizada por cada co-autor é fundamental ao todo da atividade criminosa, respondendo, devido a isso, cada um, pela totalidade do fato punível.

O Código Penal, antes da reforma com a Lei 7.209, de 11.07.1984, regulava a matéria no do Tít. IV, através da expressão “Da co-autoria”, após a reforma, o título foi nominado, adequadamente, “Do concurso de pessoas”, pois como é evidente, a co-autoria é uma das hipóteses do concurso de pessoas e não se confunde com ele.

A co-autoria funda-se no princípio da “divisão do trabalho”, em que todos os participantes do crime tomam parte, atuando conjuntamente na execução do delito. Assim como afirma Hans-Heinrich JESCHECK: “cada coautor domina el suceso total

²² Cf. WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general, p. 144.

en unión de outra u otras personas. La coautoría consiste así en una ‘división del trabajo’”.²³

Na co-autoria não há relação de acessoriedade, que se verifica na participação, mas a imediata imputação recíproca do crime a cada co-autor, uma vez que cada um desempenha função e atividade fundamental para a realização do objetivo comum, o crime. O decisivo na co-autoria, segundo a visão finalista, é que o domínio do fato pertença aos vários intervenientes, que, em virtude do princípio da divisão funcional do trabalho, apresentam-se como peças essenciais na realização do plano global.²⁴

A co-autoria se divide em direta e parcial ou funcional.

Na co-autoria direta todos os agentes realizam a conduta descrita no verbo do tipo. Como várias pessoas que agirem terceira produzindo-lhe lesões corporais.

Já na parcial ou funcional, há divisão de tarefas executórias entre os agentes praticantes do delito. Trata-se do chamado “domínio funcional do fato”, devido a repartição de tarefas entre os agentes. Os atos preparatórios do crime (*iter criminis*) são distribuídos entre os autores, sendo cada um responsável por uma parte da cadeia causal do todo do crime, isto é, da execução até a consumação do delito. Sendo cada parte diferente uma da outra, e ao mesmo tempo essencial ao delito, conclui-se que, a falta de uma dessas partes frustrar-se-á o crime.

3.2 PARTICIPAÇÃO

Todos os que participam da produção do mesmo fato punível, podem fazê-lo de diversos modos e em diversos momentos. Em todo o curso do *iter criminis* pode ser identificado o concurso, desde o instante em que nasce o crime na deliberação do agente para a realização, até a consumação. Em qualquer desses momentos a participação pode ser punível, uma vez que o fato principal penetre pelo menos na fase de execução.

²³ JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. p. 614. “Cada co-autor domina o sucesso total em união de outra ou outras pessoas. A co-autoria consiste assim em uma ‘divisão do trabalho’”.

²⁴ Cf. CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. p. 198.

Consumado o crime, a participação não é possível, em regra. Fatos que em si mesmos seriam de concurso, realizados depois de consumado o crime principal, como o favorecimento ou a receptação, punem-se como delitos autônomos. Entretanto, se o ato posterior corresponder a uma promessa de auxílio feita anteriormente a prática do delito, e desse modo poder influir neste, tal ato será punido a título de participação.

Nos crimes permanentes, enquanto perdurar a fase de consumação, a participação é possível, como no seqüestro ou cárcere privado, por exemplo, no caso de quem monta guarda à vítima.

A partir do *caput* do art. 29 do Código Penal, pode-se dizer que, dá-se a participação quando o sujeito concorre de qualquer modo para a execução do crime, porém, sem praticar atos executórios relativos ao delito. Não realiza, com efeito, o agente chamado de partícipe, a conduta típica descrita no verbo, mas contribui com outra atividade para a formação do delito. A conduta do partícipe, em si mesma, não é penalmente relevante, e somente passa a ser na medida em que o autor ou co-autor do delito, inicia a execução do crime.

Dessa forma, na visão da teoria do domínio do fato, partícipe é “quem efetiva um comportamento que se adapta ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime.”²⁵ São características da participação:

- a) a conduta do partícipe não se amolda ao núcleo da figura típica, ao verbo;
- b) o partícipe não tem nenhum poder diretivo sobre o crime, não possui o domínio finalista do fato.

Daí conclui-se que, o partícipe contribui ao delito através de uma conduta acessória causal, do ponto de vista objetivo, que pode se dar mediante determinação, instigação ou auxílio. Distingue-se, dessa forma, autor, co-autor e partícipe. O autor detém o domínio do fato, o co-autor o domínio funcional do fato e o partícipe só possui o domínio da sua própria conduta, sem domínio final do fato, agindo como uma figura lateral ao delito, um mero colaborador.

Para que se dê a participação, entretanto, faz-se necessário a presença de um elemento objetivo e de um elemento subjetivo. Neste último, o partícipe deve agir com

²⁵ JESUS. Op. cit., p. 411.

consciência e vontade de contribuir para a prática do delito (dolo). Na lição de Nélson HUNGRIA, “sob o ponto de vista objetivo, para que se reconheça a participação no crime, basta a cooperação na atividade coletiva, de que promana o resultado antijurídico; mas, para que o partícipe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: a vontade consciente e livre de concorrer com a própria ação, na ação de outrem.”²⁶

3.2.1 Natureza Jurídica

Duas teorias procuram explicar a natureza jurídica da participação, a teoria causal e a teoria da acessoriedade.

3.2.1.1 Teoria causal

Criada por Von Buri, em meados do século XIX, a teoria causal, sendo unitária, acaba com a diferença entre agentes principais e acessórios.

Partindo do princípio da equivalência das condições antecedentes, conclui que todo resultado é consequência de um conjunto de causas necessárias para a sua produção. Se todos os co-delinquentes dão causas ao crime, é evidente que o delito é consequência da atividade de cada um e de todos sem distinção objetiva. Não se pode fazer distinção entre autores e partícipes, entre o que realiza um delito e o que participa de um delito alheio. O partícipe não é responsável pelo fato de delito alheio, mas por crime próprio, pois este delito é tão próprio em relação àquele que executa materialmente a conduta típica quanto ao que dá causa ao evento de modo diferente.²⁷ Sendo assim, fica afastada a distinção entre agentes principais e acessórios, pois, no caso concreto, não se pode conceber uma atividade do autor independente da atividade do partícipe.

²⁶ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**, p. 553.

²⁷ Cf. JESUS. Loc. cit., p. 414.

Para teoria causal, pois, a participação não se trata de uma relação pessoal, mas de uma relação real, em que o crime, como consequência de uma atividade comum, é um fato único e, por isso, comum a todos e a cada um dos agentes.²⁸

3.2.1.2 Teoria da acessoriedade

Para esta teoria, a participação é acessória de um fato principal. Parte da regra de que os atos de participação não integram nenhum elemento de realização do delito e, portanto, não são puníveis em si mesmos. Assim, a punibilidade do partícipe não pode deixar de ser uma acessão a punição do fato do autor ou executor.

Quem não executa a ação ou omissão consubstanciada no núcleo do tipo, mas concorre para o crime, de qualquer modo, realiza uma conduta que se torna relevante penalmente em virtude de um enquadramento de subordinação ampliada. Uma norma de extensão, portanto, torna relevante qualquer modo de concorrência para o crime, transformando em típica uma conduta *per se* atípica.

Com efeito, não há participação sem que ocorra uma conduta principal, sem a realização de atos de execução ou consumação de um crime. Há, pois, condutas auxiliares que, como circunstâncias, rodeiam o comportamento principal.

Nessa linha, como é punido o partícipe, já que sua conduta não se adequa ao tipo legal diretamente? A teoria da adequação típica relaciona-se a esse problema, cuidando da subsunção da condução ao tipo legal de duas formas: adequação típica de subordinação mediata e adequação típica de subordinação imediata.

Na adequação típica de subordinação mediata, também chamada de adequação típica de subordinação ampliada ou por extensão, a conduta não se amolda imediatamente à descrição legal do delito, havendo a necessidade de outro dispositivo legal para o enquadramento.

O Código Penal brasileiro adota esta posição, que pode ser verificada no art. 29, *caput*. Com o auxílio do artigo citado, há ampliação espacial e pessoal da figura típica, abrangendo não somente os fatos definidos na norma, mas também aqueles que,

²⁸ Cf. MAGGIORE. Op. cit., p. 99-100.

de qualquer modo, concorrem para a realização do crime. Segundo Frederico MARQUES:

Sem a norma de extensão do art. 29, a conduta atípica do partícipe não teria relevo jurídico-penal, mesmo que ele houvesse contribuído para a lesão atual ou potencial de um bem jurídico na lei penal tutelado. É que não basta pôr em perigo ou lesar um bem jurídico que a lei penal tutela, para que exista crime: só as condutas que podem transformar-se em fato típico se apresentam como constitutivas de delitos. Para haver crime, é necessário uma lesão realizada de forma típica.²⁹

A ampliação da norma se dá de forma pessoal porque estende o tipo permitindo o alcance de outras pessoas além do autor do crime, e espacial, pois o tipo é ampliado no espaço, com a finalidade de alcançar condutas acessórias distintas da realização do núcleo da ação típica.

Dessa forma, o tipo abrange não somente a conduta principal, mas outras secundárias, que integram a ação criminosa. Daí chamar-se a disposição do art. 29, *caput*, de regra de extensão, norma de extensão ou integrativa, através da qual o crime é punido não só pelo do fato típico, de “subtrair”, por exemplo, mas também, pelo “induzimento a subtração”.³⁰ Tal norma faz com que o agente que contribuiu para o resultado sem, no entanto, realizar a conduta descrita no verbo, possa ser enquadrado no tipo descrito na conduta principal. Assim, quem auxiliou a matar, por exemplo, fornecendo a arma para o crime, não praticou a conduta descrita no art. 121 do CP, mas concorreu para o seu cometimento, e sendo assim, será alcançado pelo tipo do homicídio, em face da regra do art. 29.

Conclui-se que, na participação há condutas típicas e condutas inicialmente atípicas, que se tornam típicas por força do dispositivo do art. 29. Graças a esse mandamento penal, as normas incriminadoras passam a ter um complemento integrativo, para a defesa do bem jurídico que respectivamente tutelam, de maneira a poderem atingir “as atividades lesivas que refogem da norma primária”. Surge daí, “não uma nova figura criminosa, e sim uma figura tributária do tipo principal”, visto que este, embora permanecendo o mesmo, dá origem a uma “variante inédita”. E nem

²⁹ MARQUES. Op. cit., 400.

³⁰ JESUS. Op. cit., p. 415.

mesmo a qualificação ou *nomen juris* do tipo sofre alteração, embora a sanção penal se aplique sob título diverso.³¹

Sem essa regra integrativa, “nem mesmo a causalidade material teria o dom de ampliar a esfera de aplicação da norma incriminadora. Só a tipificação da conduta transmuda esta em elemento constitutivo de infração penal.”³²

Nesse passo, existem quatro teorias que procuram explicar a acessoriedade, a acessoriedade mínima, a acessoriedade limitada, a acessoriedade extrema e a hiperacessoriedade.

Para a acessoriedade mínima basta que a conduta do partícipe aceda a um comportamento principal que constitua fato típico, pouco importando sua antijuridicidade.

Na acessoriedade limitada responderá pelo crime o partícipe se sua conduta for típica e antijurídica.

Para a acessoriedade extrema, requer-se que o comportamento principal constitua um fato típico, antijurídico e culpável.

Por fim, a hiperacessoriedade exige que em relação ao partícipe concorram ainda circunstâncias de agravação e atenuação da punibilidade, que existem em relação ao autor principal.

A teoria da acessoriedade mínima não pode ser aceita, visto que, para ela a punibilidade da participação se condiciona a que o fato principal constitua um tipo de crime; para o partícipe, o simples fato típico valeria pelo crime. Essa orientação não se exime de imperfeição, uma vez que a sua adoção poderia levar ao seguinte erro: aquele que induzisse outro agir em legítima defesa, vindo a morrer o agressor, responderia por crime de homicídio, enquanto o executor da morte estaria acobertado pela excludente da ilicitude. Isso porque essa teoria não exige que o fato principal seja antijurídico; basta que seja típico.

A teoria da acessoriedade extrema apresenta defeito, na medida em que exige que a conduta principal constitua um fato típico, antijurídico e culpável. Suponha-se

³¹ PEDRAZZI, Cesare. **Il concorso di persone nel reato**, p. 6.

³² MARQUES. Op. cit., p. 401-402.

que o executor seja inimputável ou tenha agido por erro de proibição escusável. Não haveria participação, pois a conduta principal não seria culpável.

A hiperacessoriedade não pode ser adotada, pois segundo ela no fato do partícipe devem concorrer inclusive as causas de agravação e atenuação existentes em relação ao autor principal.

Sendo assim, a teoria da acessoriedade limitada parece ser a mais acertada, pois para punir a participação basta que o fato principal seja típico e antijurídico, não se exigindo que seja culpável.³³ A participação exige no fato principal a ilicitude, a *parte objecti*, isto é, fato típico e antijurídico.³⁴ Para que haja participação, portanto, basta que a conduta secundária aceda a uma outra principal que constitua fato típico e antijurídico.

Reinhart MAURACH afirma que, “do indiscutível ponto de partida negativo de que, faltando antijuridicidade ou tipicidade em relação ao fato principal, não existe participação, a teoria dominante extrai a conclusão inversa de que a prática de um fato principal típico e antijurídico basta para servir de base à responsabilidade do partícipe”.³⁵

3.2.2 Formas de Participação

O Código Penal no art. 31, cita o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio, como formas de participação, referindo-se a expressão “de qualquer modo” empregada no art. 29. Embora o Código não determine expressamente que essas são as formas de participação, entende-se que o art. 31 apresenta essas modalidades.

Dentro das formas de participação, essas podem ser divididas em moral ou material. Participação moral é o fato de incutir na mente do autor principal o propósito criminoso ou reforçar a idéia preexistente. Já a participação material é o fato de alguém insinuar-se no processo da causalidade física.³⁶ No primeiro caso, por

³³ Nesse sentido: WELZEL. Op. cit., p. 161.

³⁴ Cf. MARQUES. Loc. cit., p. 404.

³⁵ MAURACH. Reinhart. **Derecho penal**: parte general. p. 405.

³⁶ Cf. JESUS. Op. cit., p. 425.

exemplo, um conselho de A para matar B, se o crime é executado, fará A responder como partícipe por homicídio. Já a participação material, ocorre quando alguém empresta uma arma para outro praticar um homicídio.

Dentro da participação moral, encontramos a determinação e a instigação.

Ocorre a determinação, também chamada de induzimento, quando uma pessoa faz surgir na mente de outra a intenção de cometer o crime, não tendo a última, até então, essa vontade.

Instigação é o ato de incitar, reforçar, estimular em outrem a idéia preexistente da prática de um delito, isto é, o agente já a tem em mente, sendo apenas reforçada pelo partícipe. A instigação pode se dar por persuasão, conselho, dissuasão, entre outras. Entretanto, não é suficiente reforçar no autor a idéia do delito. A instigação deve dirigir-se a um fato determinado, assim como a um autor ou autores determinados.³⁷

Quanto ao ajuste, este é a combinação que fazem entre si várias pessoas no sentido do cometimento de um crime, pressupondo em todos uma resolução determinada.

Por fim, a participação material ocorre quando há ajuda efetiva na preparação ou execução do delito. Segundo Frederico MARQUES: “são auxiliares da preparação do delito os que proporcionam informações que facilitam a execução, ou os que fornecem armas ou outros objetos úteis ou necessários à realização do projeto criminoso; e da execução, aqueles que, sem realizar os respectivos atos materiais, nela tomam parte pela prestação de qualquer ajuda útil.”³⁸

Qualquer que seja a forma de participação, é indispensável a presença de dois requisitos: eficácia causal e consciência de participar na ação de outrem. É insuficiente a exteriorização da vontade de participar. Para que o partícipe seja punido, como já mencionado, é necessário que pelo menos a conduta do autor constitua atos de execução do delito, ou seja, o autor ao menos terá de tentar realizar o crime. Se a

³⁷ Cf. WELZEL. Loc. cit., p. 166.

³⁸ MARQUES. Loc. cit., p. 418.

participação moral ou material não é acolhida pelo autor, ou se acolhida e o delito não chega a ser tentado, não existe participação.

Dentro da participação, ainda, temos as figuras da participação sucessiva e participação da participação. A primeira configura-se quando o mesmo partícipe concorre para a conduta principal de mais de uma forma. Assim, em primeiro momento auxilia ou induz, e em seguida instiga e assim por diante. Como no caso do partícipe que induz o autor a praticar um homicídio e depois fornece a arma para a realização do crime. E a figura da participação de participação, que se verifica em casos de induzimento de induzimento, instigação de instigação, *etc.* Como, quando A induz B a induzir C a matar D. Nessa última, é punível a participação desde que possua eficácia causal.

3.3 PARTICIPAÇÃO EM DIVERSAS FORMAS DE CRIMES

3.3.1 Delitos Dolosos e Culposos

A participação pode se dar tanto em crimes dolosos como culposos. Em relação aos crimes dolosos, o vínculo está na consciência e vontade de participar do fato comum. Quanto aos culposos, resulta da situação ou comportamento dos agentes cooperadores conscientes na imprudência ou negligência uns dos outros.

Nos delitos culposos, a conduta típica é aquela que viola o dever objetivo de cuidado, é a conduta que, descumprindo tal dever, causa o resultado antijurídico, qualquer que seja a sua contribuição causal. A vontade, na culpa, dirige-se só à conduta imprudente, e não ao resultado. O concurso em crimes culposos difere daqueles dos ilícitos dolosos, pois se funda apenas na colaboração da causa e não do resultado. Dessa forma, em crimes culposos, há apenas autoria e co-autoria, não se podendo falar em participação; pois para que ocorra a figura do partícipe, este deve agir com dolo para a realização do evento, o que não ocorre em crimes culposos.

Devido haver no concurso apenas um crime, que deve ser atribuído pelo mesmo título quanto ao elemento subjetivo, a cada agente, a diferença na forma de

culpabilidade para cada partícipe exclui a aplicação do instituto do concurso e obriga a considerar um crime distinto para cada um deles. Então, se dois agentes concorrem para o mesmo resultado punível, mas um dolosa e outro culposamente, haverá para cada um deles um crime separado, com seu próprio gênero de culpabilidade. Por exemplo, se A desejando matar C, entrega uma arma a B, fazendo-o supor que está descarregada e induzindo-o a acionar o gatilho na direção da vítima. B, imprudentemente, aciona o gatilho e mata C; não haverá participação criminosa, mas dois delitos autônomos, um homicídio doloso imputado a A e um homicídio culposo imputado a B.

Com efeito, é necessário para o concurso a homogeneidade do elemento subjetivo. Não há participação dolosa em crime culposo, nem participação culposa em crime doloso.

Do concurso em crimes culposos, deve-se distinguir o caso de concorrência de fatos culposos independentes, em que falta nos agentes a consciência de cooperar em um ato comum. Temos nesse caso, o exemplo de dois motoristas, que agindo com imprudência, dirigem em alta velocidade e acabam se chocando e provocando a morte de um transeunte que passava pelo local no momento do acidente. Aqui, não há concurso de pessoas, mas culpas concorrentes quanto ao evento morte, e dessa forma, cada motorista responderá por delito autônomo, independentemente da ação do outro.

3.3.2 Delitos Comissivos e Omissivos

A participação além de ocorrer em delitos comissivos, pode ocorrer, também, em delitos omissivos, sob a forma de ação ou omissão. Para que ocorra através de omissão em crimes comissivos, o partícipe deve deixar de agir voluntariamente, quando a ele cabia o dever jurídico de agir, outrossim, deve atuar com vontade consciente de cooperar no evento criminoso, com dolo. A omissão é produto da vontade de não realizar a ação esperada ou da vontade de não impedir o resultado, e reveste-se da evidência de um acontecer. Este acontecer é que constitui o ponto de

apoio do juízo de valor.³⁹ Como o Caixa de um Banco que deixa o cofre aberto para facilitar um furto.

Não se pode, entretanto, confundir participação por omissão com participação em crime omissivo próprio. No último caso, não haverá participação, mas autorias independentes ou co-autorias. Como, por exemplo, se duas pessoas deixarem de prestar socorro a outra gravemente ferida, podendo fazê-lo, sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime autônomo de omissão de socorro. Porém, se essas duas pessoas, de comum acordo, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão co-autoras do crime de omissão de socorro.

Há, então, participação por omissão em crime comissivo, se com a atitude material do agente concorre o elemento psíquico da participação. Não será, porém, omissão mas intervenção ativa, a promessa prévia e influente na deliberação do executor de não interferir durante o crime ou de não o revelar depois. Em todo caso, é necessário que a omissão funcione como elemento causal da realização do fato.

Não há participação omissiva em crimes comissivos mediante omissão (omissivos impróprios), ocorrendo nesse caso autorias. Ensina Alcides MUNHOZ NETTO: “nesses crimes, do agente deve decorrer o dever de evitar o resultado, ou, pelo menos, de tentar evitá-lo. Tal dever incumbe ao garantidor, isto é, a quem reúne características especiais que o tornam responsáveis pela preservação do bem ou interesse jurídico.”⁴⁰ Então, para que o omitente responda pelo delito a título de autor, é necessário que, além de ser provido de características especiais, seu comportamento negativo deva configurar infração do dever jurídico de agir. “Os delitos comissivos por omissão situam-se, pois, na categoria genérica dos crimes que só podem ser cometidos por determinadas pessoas (delitos especiais, próprios). A simples possibilidade ou poder de fato de evitar o resultado não converte o omitente em autor. Isto só ocorre quanto a quem, de antemão, o Direito obriga a zelar pela incolumidade do bem jurídico.”⁴¹ Temos, como exemplo, nesse caso, um policial (detentor de características

³⁹ MUNHOZ NETTO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil**: comunicação ao XIII congresso internacional de direito penal, p. 23.

⁴⁰ Id.

⁴¹ JESCHECK. Op. cit., p. 577.

especiais) que assiste inerte ao fato de a mãe matar o próprio filho mediante omissão, subjetivamente aderindo sua conduta à da executora principal. A mãe é autora direta, uma vez que possui o domínio do fato; o policial também deve ser considerado autor direto, pois violou o dever de agir; mas não partícipe, inexistindo concurso entre ambos.

Inexistindo o dever de agir, há conivência ou participação negativa.

Em crimes omissivos impróprios, admite-se, porém, a participação sob a forma de comissão. Assim como o enfermeiro que instiga o médico a deixar de notificar uma doença contagiosa às autoridades competentes (art. 269 do CP)⁴².

⁴² BRASIL. **Código penal**. art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

4 DA PUNIBILIDADE

O Código Penal apesar de adotar a teoria monista, faz distinção entre autor e partícipe, aplicando a teoria restritiva de autor. A rigor, abstratamente, os participantes do crime estão sujeitos a aplicação da mesma pena adotada para o delito cometido, porém, concretamente, esta pena variará segundo a culpabilidade de cada um.

A regra do *caput* do art.29, em sua parte final reza que, todos os participantes incidem nas penas cominadas ao crime “na medida de sua culpabilidade”. Destaca-se, aqui, o princípio de que a graduação da pena aplicada a cada agente é medida em face da culpabilidade individual. Embora o fato delituoso seja comum, a pena é individualizada na pessoa de cada participante do delito, de acordo com a culpabilidade de cada um.

Além disso, no § 1.º do referido artigo, temos: “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”. De acordo com essa regra, a redução da pena deve ser obrigatória. Damásio E. JESUS ensina que:

A faculdade, indicada pela expressão “pode”, diz respeito ao *quantum* da diminuição. É uma circunstância que contrasta com a agravante do inciso I do art. 62. A expressão “participação” deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo as formas moral e material. Só tem aplicação quando a conduta do partícipe demonstra leve eficiência causal. É consequência do princípio segundo o qual a punibilidade dos participantes é determinada de acordo com sua culpabilidade, tomada no sentido de reprovabilidade social.⁴³

O § 1.º do art. 29 faz referência a contribuição causal prestada pelo agente. Assim, a redução da censura deve variar de acordo com a maior ou menor contribuição do participante no crime; quanto mais sua conduta se aproximar do núcleo do tipo, maior deverá ser a pena, quanto mais distante estiver do núcleo, menor deverá ser a pena.

Por outro lado, a pena deve ser agravada em relação a quem promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atitude dos demais agentes (art. 62, I, do CP). Segundo Nelson HUNGRIA, isso ocorre porque:

⁴³ JESUS. Op. cit., p. 430.

“aquele que promove a cooperação no crime (isto é, que, concebe a idéia do crime, tem a iniciativa da *societas sceleris*), ou organiza (isto é, que, embora alheio à iniciativa do crime, toma a si o encargo de coligir os aparelhos ou elementos necessários à sua execução) ou dirige a atividade coletiva (isto é, que, sem ter projetado o crime ou organizado o empresa, assume a chefia da ação criminoso) revela, em cotejo com os gregários, mais grau de criminalidade ou de *mens reo*.”⁴⁴

A pena é também agravada, de acordo com o art. 62, II, do CP, em relação ao que coage ou induz outrem à execução material do crime. Se a coação for irresistível, a hipótese é de autoria mediata, estando excluída a culpabilidade do executor. Se a coação for resistível, subsiste a responsabilidade deste, mas a pena deve ser atenuada (art. 65, III, c, do CP).

A pena, outrossim, será agravada se o agente instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal, bem assim, se o agente executa o crime ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (art. 62, III e IV, do CP). “Atende-se, neste último caso, à maior reprovabilidade do mercenário e, pois, à torpeza do motivo determinante.”⁴⁵

4.1 COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA

A cooperação dolosamente distinta trata-se de uma exceção pluralista da teoria unitária. Segundo o § 2.º do art. 29 do CP, “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”

De acordo com esse dispositivo, se o autor principal cometeu delito mais grave que o pretendido pelo partícipe, a pena aplicada a este será condizente com o resultado pretendido. Entretanto, se o resultado mais grave pôde ser previsível, a pena do evento pretendido será aumentada de até a metade.

⁴⁴ HUNGRIA. Op. cit., p. 417.

⁴⁵ FRAGOSO. Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral, p. 259.

A previsibilidade que aqui se cogita é a que se refere ao partícipe, nas circunstâncias em que atuou, pois se trata de manter o princípio da responsabilidade subjetiva.

Aqui, ocorre o chamado desvio subjetivo de condutas, uma “cooperação dolosamente distinta”⁴⁶ entre autor e partícipe. Esta, ocorre quando a conduta executada no crime difere daquela idealizada pelo partícipe, ou seja, o conteúdo do elemento subjetivo do partícipe é diferente do crime praticado pelo autor.

O legislador, portanto, determina a imputação por outra figura típica quando o agente teve intenção de participar de infração menos grave. Com efeito, não obstante os participantes do crime, em regra, devam responder por um único delito, na norma citada excepciona-se a responsabilidade por crime de menor relevância, quando esta foi a intenção do agente.

É caso em que A determina B a espancar C. B age com tal violência que produz a morte de C. Se o mandante A agiu com dolo de lesão corporal apenas, porém, sendo-lhe previsível o resultado morte, deve responder por lesão corporal com pena desta aumentada até a metade.

4.2 COMUNICABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS E CONDIÇÕES DE CARÁTER PESSOAL

Expressa o Código Penal no art. 30: “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Cumprе esclarecer, preliminarmente, o que são elementares, circunstâncias e condições de caráter pessoal.

Elementares são todos os componentes essenciais à figura típica, sem as quais o crime desaparece ou se transforma. O termo origina-se da palavra elemento, que significa tudo o que constitui e integra – como requisito essencial, básico – uma substância, palavra ou fato. Por exemplo, o crime de furto resulta da conjugação dos seguintes elementos: subtrair (tirar contra a vontade); para si ou para outrem (ânimo de

⁴⁶ BITENCOURT. Op. cit., p. 400.

assenhoramento definitivo); coisa alheia; móvel. Ausente qualquer desse componentes, o crime desaparecerá (atipicidade absoluta) ou transformar-se-á em outro (atipicidade relativa). São, portanto, elementares do crime de furto.

Circunstâncias são todos os dados acessórios agregados à figura típica, cuja função é aumentar ou diminuir a pena. As circunstâncias apenas circundam o crime, nunca o integram como sua essência. Em consequência, ainda que ausentes, subsiste o crime.

A circunstância é, pois, todo componente não essencial da figura típica situada ao seu redor, com a finalidade de lhe conferir características meramente acessórias, que levam a pena a ficar mais ou menos grave. Por exemplo, o furto agravado pelo repouso noturno. O § 1.º do art. 155 do CP prevê uma causa de aumento para o furto quando praticado durante a noite. Ser ou não ser praticado durante o repouso noturno é um dado meramente secundário, sem qualquer influência sobre a existência ou não desse crime. Ou seja, ainda que praticado em plena luz do dia, o fato continuará sendo furto. Trata-se, pois, de simples circunstância que lhe confere uma consequência penal mais rígida. Não se consideram circunstâncias as causas de exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade.

As circunstâncias dividem-se em objetivas ou reais e subjetivas ou de caráter pessoal.

As objetivas relacionam-se com os meios e modos do crime, tais como o tempo, o lugar, modo de execução, os meios empregados, as qualidades do objeto, da vítima, entre outras. Dizem respeito, portanto, ao fato e não ao agente. As circunstâncias objetivas devem estar dentro da esfera de conhecimento do agente para tornarem-se comunicáveis.

As circunstâncias subjetivas, também denominadas de condições de caráter pessoal, referem-se ao agente e não ao fato, sem qualquer relação com a materialidade do delito, são as relações do sujeito com o mundo exterior e com outras pessoas ou coisas, como a reincidência, os antecedentes, a conduta social, profissão. Giuseppe MAGGIORE, falando em condições e qualidades pessoais, ensina que são os estados, empregos, qualidades, dignidades, situações, *etc.*, em que se encontram uma pessoa,

como o estado de filho ou de cônjuge, a qualidade de funcionário público, de defensor, de ministro de um culto, etc.⁴⁷

Em regra, as elementares situam-se no *caput* do tipo incriminador, denominado tipo fundamental, enquanto as circunstâncias residem nos parágrafos, que são os tipos derivados.

Nesse passo, e de acordo com a redação do artigo 30 do CP, as circunstâncias e condições de caráter pessoal somente se comunicam ao co-autor ou ao partícipe quando forem elementares do tipo. Daqui, pode-se extrair três regras:

a) as circunstâncias objetivas, podem comunicar-se, desde que o co-autor ou o partícipe delas tenha conhecimento.

O princípio a ser seguido aqui, deve ser interpretado à luz do art. 29, *caput*, parte final, do CP, segundo o qual a pena deve ser medida de acordo com a culpabilidade de cada um dos participantes, levando-se em conta a presença do dolo e da culpa. As circunstâncias objetivas só alcançam o partícipe ou co-autor se, sem haver praticado o fato que as constitui, houverem integrado o dolo ou a culpa. Em se tratando de circunstâncias objetivas agravantes, não pode ser considerada em relação ao co-autor ou partícipe se não agiu pelo menos com culpa em relação à mesma; cuidando-se de qualificadora ou causa de aumento de pena (prevista na parte geral ou especial do CP), a agravação não alcança o terceiro senão quando (em relação a ela) tiver agido, pelo menos culposamente. Por exemplo, A instiga B a cometer constrangimento ilegal contra C. B, sem previsibilidade por parte de A, emprega arma de fogo na execução do delito. Ao partícipe A não incide a causa de aumento de pena previsto no art. 146, § 1.º, do CP.⁴⁸

b) as condições de caráter pessoal ou circunstâncias subjetivas não se comunicam no concurso de pessoas, exceto quando elementares do tipo. Por exemplo, A (reincidente) induz B (primário) a cometer um delito. A agravante prevista no art. 61, I, do CP (recidiva) não se estende a B.

⁴⁷ MAGGIORE. Op. cit., 129

⁴⁸ Cf. JESUS. Op. cit., p. 442.

c) as elementares, pouco importando se forem circunstâncias subjetivas (de caráter pessoal) ou circunstâncias objetivas, sempre se comunicam. Exemplo, A, funcionário público, comete um crime de peculato, com a participação de B, que não é funcionário público. Ambos, nesse caso, respondem por crime de peculato. A elementar de natureza pessoal (funcionário público) comunicam-se ao partícipe.

Um exemplo clássico onde se aplica a comunicabilidade da condição de caráter pessoal, devido a ser elementar, é no crime de infanticídio. Neste, a discussão se complica em determinar se o partícipe do crime de infanticídio por este responde, ou então por homicídio.

O artigo 123 do Código Penal descreve o crime de infanticídio: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho durante o parto ou logo após: Pena – detenção, dois a seis anos”.

Trata-se de crime próprio, uma vez que somente a mãe pode ser autora da conduta criminosa em face do tipo. Porém, pode ocorrer a participação criminosa, e surge a questão: ao partícipe do crime de infanticídio deve ser aplicada a pena cominada a este delito ou a aplicável ao homicídio?

Parte da doutrina afirma que, para um terceiro responder por infanticídio deve participar de maneira meramente acessória ao fato, sem praticar atos de execução.⁴⁹ Entretanto, diante da lei, tanto faz que o terceiro pratique a conduta descrita no núcleo do tipo ou participe de forma acessória, induzindo ou instigando a autora principal. Assim, como no crime de peculato, se terceiro cooperar material ou moralmente na prática do delito, responderá pelo crime de peculato: podendo haver, portanto, em ambos os casos, co-autoria ou participação. E isso se dá devido ao princípio da “unidade de delitos para todos os agentes” que rege o concurso de pessoas, devido ao Código Penal brasileiro ter adotado a teoria monista para a concorrência. E não se trata de “exceção pluralista” da teoria unitária, uma vez que depende de preceito expresso.⁵⁰

Nessa linha, temos que a influência do estado puerperal, conforme a regra do art. 123 do Código, constitui elementar do crime, e de acordo com o art. 30 do CP, as

⁴⁹ Nesse sentido: MARQUES. Op. cit., p. 141.

⁵⁰ Cf. JESUS. Loc. cit., p. 449.

condições de caráter pessoal comunicam-se quando elementares do delito. Assim, nos termos da disposição, a influência do estado puerperal é comunicável entre os fatos dos participantes. Portanto, em face das normas penais reguladoras da matéria, o participante deve responder por infanticídio. Nas palavras de Basileu GARCIA, “visto que a qualidade individual foi incorporada pelo legislador à própria figura delituosa e faz parte integrante da definição contida no art. 123, nada impede que um homem, que haja instigado ou auxiliado a puérpera a matar o próprio filho, venha a disputar o tratamento privilegiado a que não poderia ter direito.”⁵¹

4.3 FORMAS DE PARTICIPAÇÃO NÃO PUNÍVEIS

Em princípio existem formas de concorrência ao delito, que não podem ser levadas a título de concurso, ou seja, apesar de se configurarem sob formas de co-autoria ou participação, estas, embora o sujeito tenha participado do crime, de forma direta ou indireta, não poderá ser punido mediante a aplicação da norma de extensão do art. 29 do CP. Isso, porque a sua contribuição para a infração penal não é revestida de culpabilidade. Aqui, temos a participação impunível, autoria mediata e conivência.

4.3.1 Participação Impunível

De regra, o delito que não chega ao menos a ser tentado, que não adentra à fase de execução, não é punido. Isto é, as duas primeiras fases do *iter criminis*, elaboração e preparação, não são puníveis por si só.

O artigo 31 do Código Penal, reza que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos a ser tentado”. Com efeito, a participação em um delito que não chegou a iniciar não teve eficácia causal, e sem essa eficácia não há que se falar em participação criminosa.

⁵¹ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. p. 431.

Conclui-se que, somente a prática de atos de execução enseja responsabilidade, conforme art. 14, II, do CP. Sendo assim, Nélon HUNGRIA, referindo-se ao artigo 31 do Código Penal, afirma que, “o dispositivo é corolário (tão evidente, que é até ocioso) da regra geral, de que não há fato punível onde não haja, pelo menos, começo de execução.”⁵²

Contudo, há uma ressalva no referido artigo que diz respeito aos casos em que a participação é punível como delito autônomo. É o caso do art. 286 e 288 do CP, incitação e crime de quadrilha ou bando, respectivamente.

4.3.2 Autoria Mediata

Adequada à teoria do domínio do fato, com perfeição, a figura do autor mediato ocorre quando o agente do delito, conhecido por “sujeito de trás”, pratica a infração penal através de outra pessoa como instrumento para a execução da ação típica; agindo o último sem culpabilidade. Nesse caso, é imprescindível que o executor (autor imediato) esteja numa posição de completa subordinação em relação ao mandante do crime (autor mediato). A autoria mediata não admite o concurso de pessoas entre o autor e o executor material do crime, admite-se, entretanto, a participação de terceiro.

Outrossim, não se pode confundir autoria mediata, em que o delinquente se vale de outrem, como instrumento, com a ocorrência em que o agente se utiliza de um animal ou instrumento mecânico para o cometimento do delito, porque no primeiro caso trata-se de um ser humano, mesmo que não revestido de culpabilidade.

Autor mediato, portanto, segundo Enrique Cury URZÚA, é aquele que, “de forma consciente e deliberada faz atuar por ele o outro cuja conduta não reúne todos os requisitos para ser punível.”⁵³

Nos crimes de mão própria não é possível a autoria mediata, um vez que somente a própria pessoa pode cometê-lo, como no delito de falso testemunho.

⁵² HUNGRIA. Op. cit., p. 145.

⁵³ URZÚA, Enrique Cury. **Derecho Penal**: parte general. p. 247.

Entretanto, admite-se a participação. Inexiste, outrossim, a autoria mediata em crimes culposos, uma vez que o sujeito que pratica a conduta culposa sempre age com vontade e consciência, o que falta no executor da autoria mediata.

Para que aja a autoria mediata, faz-se necessário que o executor não realize conduta dolosa, pois a partir do momento em que o autor imediato age com dolo, o domínio total do fato por parte do autor mediato deixa de existir, passando esse a co-autor ou partícipe do crime.

Segundo René A. DOTTI, na autoria mediata, o domínio do fato pertence exclusivamente ao autor e não ao executor, o qual não detém o domínio da ação e, conseqüentemente, do fato.⁵⁴

A autoria mediata pode resultar de:

a) ausência de capacidade penal, que ocorre quando é usado um inimputável por menoridade penal para o cometimento do delito;

b) inimputabilidade por doença mental, caso de ser usado um louco, doente mental, determinado à prática do crime;

c) coação física absoluta: caso em que não só a culpabilidade falta ao executor, mas a própria ação. Aqui, o ato de execução não se acompanha, em quem o pratica, daquele mínimo de vontade necessário; e, para se constituir a ação se carece do movimento muscular próprio do agente. Aí é que a imagem de puro instrumento se ajusta à pessoa do executor.

A esse caso pode reunir-se o da coação irresistível física ou moral, em que o executor atua, mas com a vontade irremissivelmente submissa à do coator, isento de culpabilidade, portanto.⁵⁵

d) erro de tipo escusável determinado por terceiro, que é o caso em que o executor pratica o fato punível induzido a erro essencial, onde se exclui a tipicidade;

Pode-se figurar, nesse caso, o médico que dolosamente entrega à enfermeira, veneno ao invés de remédio, para ser administrado ao paciente, e essa, ignorando a circunstância, torna-se executora inconsciente do crime de homicídio.

⁵⁴ DOTTI, R. A. **O concurso de pessoas**, p. 87-88.

⁵⁵ BRUNO, Anibal. **Direito Penal**: parte geral, p. 269.

e) obediência hierárquica, que ocorre quando um subordinado pratica o crime sob ordens de seu superior hierárquico.

Na autoria mediata, ao contrário da participação, há adequação típica direta à norma, pois para o ordenamento jurídico foi o próprio autor mediato quem realizou a ação típica, ainda que indiretamente por meio de outra pessoa.

4.3.3 Conivência

Da participação mediante omissão, distingue-se a conivência. Esta, *a priori*, por não se inserir no nexo causal, como forma de participação, não é punida.

“A chamada conivência caracteriza-se pela presença física de alguém no ato da execução de um crime ou a omissão em denunciar à autoridade pública um fato delituoso de que tenha conhecimento. Nessas hipóteses não se caracteriza a participação (ou uma infração autônoma), se não houver o dever jurídico de impedir o evento ou de comunicar a sua existência à autoridade.”⁵⁶ A conivência pode produzir dois efeitos, constitui infração autônoma ou não constitui participação no delito do autor principal nem infração autônoma.

No primeiro caso, suponha-se que um exímio nadador presencie a mãe lançar seu filho pequeno numa piscina e, sem qualquer risco pessoal, permite que a criança venha a falecer por afogamento. Não há aqui participação. Ambos são autores, não co-autores. A mãe é autora direta de um crime comissivo; o nadador deve ser considerado autor direto de um delito omissivo, mas não é partícipe por omissão no crime de homicídio, pois não tinha o dever jurídico específico de impedir o evento. De ver-se que, como infringiu um dever genérico de assistência, responde por crime de omissão de socorro.

Na segunda hipótese, a conivência é impunível. Como no caso de um sujeito que toma conhecimento de um furto a ser praticado pelo agente e não dá *notitia* à autoridade policial, que poderia evitar a sua prática. Cometido o furto, o omitente não é partícipe nem responde por infração autônoma.

⁵⁶ DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal**: parte geral, p. 354.

Ademais, conforme HUNGRIA, “não basta a eficácia causal (sob o prisma legal) da omissão; é necessário, também aqui, o vínculo psicológico que faz inserir a vontade individual na conduta coletiva. Assim, o policial que, faltando ao seu dever específico, assiste inerte por mera covardia, à prática de um assalto a mão armada, incorre em falta disciplinar, mas não lhe pode ser imputada participação no crime.”⁵⁷

⁵⁷ HUNGRIA. Op. cit., p. 416.

5 CONCLUSÃO

1. O concurso de pessoas, tratado pelo Código Penal brasileiro, no título IV da Parte Geral, após sua reforma com a Lei 7.209, de 11.07.1984, refere-se ao concurso eventual, onde o delito podendo ser praticado por uma única pessoa é, no entanto, produto de uma associação.

O Código Penal adota, em regra, a teoria unitária ou monista, que se funda na unidade do crime, para determinar a prática delitiva em concurso. Segundo essa teoria, não obstante o delito ser praticado por várias pessoas, os agentes criminosos respondem por um único crime, como se verifica na primeira parte do *caput* do art. 29 do CP: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime...”. [sem grifo no original]

No entanto, embora tendo sido adotada, como regra, a teoria unitária, o próprio Código faz exceções, a começar pelo mencionado art. 29, segunda parte, onde reza que o agente será punido de acordo com sua culpabilidade, mitigando, pois, o rigorismo da doutrina monista.⁵⁸

Ademais, o § 2.º do art. 29, dispõe: “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste...”. Aqui, o legislador determina a imputação por outra figura típica quando o agente teve intenção de participar de infração menos grave.

2. Para que se configure o concurso de pessoas é necessário, alguns requisitos, quais sejam: pluralidade de condutas, relevância causal dessas condutas, liame subjetivo e unidade de delitos para todos os agentes. Em outras palavras, para que haja o concurso, devem haver como elementos de sua caracterização, a pluralidade de condutas, visto haver mais de um agente concorrente ao delito. Além disso, as condutas realizadas, do ponto de vista objetivo, devem ter nexo de causalidade com a realização do evento. É necessário, outrossim, que a consciência dos agentes de que participam de um obra comum. Porém, deve existir homogeneidade desse elemento subjetivo, não se admitindo participação dolosa em crime culposo e vice-versa. E por

⁵⁸ Cf. JESUS. Op. cit., p. 429.

fim, não obstante haver pluralidade de condutas, um só delito é praticado pela empresa criminosa.

3. Em todo o curso do *iter criminis* pode haver o concurso de pessoas. Em qualquer desses momentos a participação é possível e pode ser punível, uma vez que o fato principal penetra pelo menos na fase de execução. Os agentes participantes da empresa criminosa podem concorrer a esta na forma de co-autores ou partícipes, dependendo da conduta exercida por cada um no evento.

O Código Penal adota a teoria restritiva para determinar o autor do crime, uma vez que os arts. 29 e 62 do CP, embora não expressamente, fazem distinção entre autor e partícipe. Com efeito, autor do crime é o sujeito que executa a conduta típica expressa pelo verbo da figura delitiva. É aquele que mata, que subtrai.

Nessa linha, a co-autoria se faz através de uma reunião de autorias. É, pois, a realização, em conjunto, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Em última análise, a co-autoria é a própria autoria.⁵⁹

A co-autoria funda-se no princípio da “divisão do trabalho”, em que todos os participantes do crime tomam parte, atuando conjuntamente na execução do delito. Na co-autoria não há relação de acessoriedade que se verifica na participação, mas a imediata imputação recíproca do crime a cada co-autor, uma vez que cada um desempenha função e atividade fundamental para a realização do objetivo comum.

Quanto a participação, esta é entendida como causa de extensão da punibilidade, por não se integrar a figura típica e por constituir comportamento impunível, em princípio. Partícipe, então, é aquele que sem praticar o núcleo do tipo, concorre de qualquer modo para a sua realização, sempre mediante atos distintos da conduta principal, da autoria. Assim, a partir do *caput* do art. 29, pode-se dizer que, dá-se a participação quando o sujeito concorre de qualquer modo para a execução do crime. Não realiza, com efeito, o agente, chamado de partícipe, a conduta típica descrita no verbo, mas contribui com outra atividade para a formação do delito.

⁵⁹ Cf. WELZEL. Ob. e loc. cit.

Assim, a conduta do partícipe somente se torna relevante penalmente em virtude de um enquadramento de subordinação ampliada, de uma norma de extensão, que se dá com base na teoria da adequação típica, onde esta cuida da subsunção da condução ao tipo legal pela adequação típica de subordinação mediata. Para essa teoria, a conduta não se amolda imediatamente à descrição legal do delito, havendo a necessidade de outro dispositivo legal para o enquadramento.⁶⁰ O Código Penal brasileiro adota esta posição através da norma do art. 29.

Sem essa norma de extensão, a conduta atípica do partícipe não teria relevo jurídico-penal, mesmo que ele houvesse contribuído para a lesão atual ou potencial de um bem jurídico tutelado na lei penal.

4. A participação existe sob diversas formas, podendo ser moral ou material. O Código Penal brasileiro, embora não determine expressamente as modalidades de participação, entende-se que no art. 31 cita o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio, como sendo essas modalidades, fazendo referência aqui, a expressão “de qualquer modo” empregada no art. 29.

A participação pode se dar tanto em crimes dolosos como culposos. Em relação aos crimes dolosos, o vínculo está na consciência e vontade de participar do fato comum. Quanto aos culposos, resulta da situação ou comportamento dos agentes cooperadores conscientes na imprudência ou negligência uns dos outros. A vontade, na culpa, dirige-se só à conduta imprudente, e não ao resultado. O concurso em crimes culposos difere daqueles dos ilícitos dolosos, pois se funda apenas na colaboração da causa e não do resultado. Dessa forma, em crimes culposos, há apenas autoria e co-autoria, não se podendo falar em participação; pois para que ocorra a figura do partícipe, este deve agir com dolo para a realização do evento, o que não ocorre em crimes culposos. Entretanto, como é necessário, para o concurso, a homogeneidade do elemento subjetivo, não há participação dolosa em crime culposos, nem participação culposa em crime doloso.

⁶⁰ Nesse sentido: JESUS. Op. cit., p. 414-415.

A participação, ainda, pode ocorrer em delitos comissivos como em delitos omissivos, sob a forma de ação ou omissão. Para que ocorra através de omissão em crime comissivo, o partícipe deve deixar de agir voluntariamente, quando a ele cabia o dever jurídico de efetivar uma conduta, devendo atuar, outrossim, com vontade consciente de cooperar no evento criminoso. Contudo, não se pode confundir participação por omissão com participação em crime omissivo próprio. Neste caso, não haverá participação, mas autorias independentes ou co-autorias; assim como não há participação omissiva em crime omissivo impróprio, ocorrendo nesse caso também autorias.

Em crimes omissivos impróprios, admite-se, porém, a participação sob a forma de comissão.

5. O Código Penal, como já mencionado, embora adote a teoria monista, faz distinção entre autor e partícipe, aplicando a teoria restritiva. Sendo assim, a rigor, abstratamente, os participantes do crime estão sujeitos a aplicação da mesma pena adotada para o crime cometido, porém, concretamente, esta pena variará segundo a culpabilidade de cada um.⁶¹

A regra do *caput* do art.29, em sua parte final reza que, todos os participantes incidem nas penas cominadas ao crime “na medida de sua culpabilidade”. Destaca-se, aqui, o princípio de que a graduação da pena aplicada a cada agente é medida em face da culpabilidade individual. Embora o fato delituoso seja comum, a pena é individualizada na pessoa de cada participante do delito, na medida da culpabilidade individual. Isso verifica-se no § 1.º do referido artigo, onde temos: “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

Além disso, o § 2.º do art. 29 do CP reza: “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

De acordo com esse dispositivo, se o partícipe teve a intenção de concorrer a um delito de menor gravidade que o praticado pelo autor principal, a pena aplicada a

⁶¹ Nesse sentido: BITENCOURT. Op. cit., p. 399.

ele será condizente com o seu resultado pretendido. Porém, se o evento mais grave pôde ser previsível, a pena do evento pretendido será aumentada de até a metade.

Por outro lado, a pena deve ser agravada em relação a quem promove ou organiza a cooperação no crime, ou dirige a atitude dos demais agentes (art. 62, I, do CP).

A pena é também aumentada, segundo o art. 62, II, do CP, em relação ao que coage ou induz outrem à execução material do crime. Se a coação for irresistível, a hipótese é de autoria mediata, estando excluída a culpabilidade do executor. Se a coação for resistível, subsiste a responsabilidade deste, mas a pena deve ser atenuada (art. 65, III, c, do CP).

A pena, outrossim, será agravada, se o agente instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito a sua autoridade, ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal, bem assim, se o agente executa o crime ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (art. 62, III e IV, do CP).

6. Por fim, ainda, para se definir a punibilidade dos participantes no crime, há de se considerar algumas particularidades, como a comunicabilidade e incomunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal.

Aqui, e de acordo com a redação do artigo 30 do Código Penal, extrai-se que as circunstâncias subjetivas ou condições de caráter pessoal não se comunicam no concurso ao co-autor ou ao partícipe, salvo quando elementares do tipo. Com efeito, e a *contrario sensu*, as circunstâncias objetivas, de caráter não pessoal, podem comunicar-se, desde que o co-autor ou o partícipe delas tenha conhecimento. E, as elementares, pouco importando se subjetivas ou objetivas, sempre se comunicam.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.
- BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**: parte generale. 12. ed. Padova: Cedam, 1986.
- _____. **Diritto penale**. Tradução de: Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARRARA, Francesco. **Programa de direito criminal**: parte geral. Tradução de: José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Tradução de: Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1988.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DOTTI, René Ariel. **O concurso de pessoas**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1981.
- _____. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- _____. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. [S.L.: s.n.], 1976.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. [S.L.: s.n.], 1980.
- HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de: José Luis M. Samaniego. 4. ed. corr.e ampl. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Código penal anotado**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho penal**. Bogotá: Temis, 1954.

MARQUES, Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Tradução de: Jorge Bofill Genzsela. Buenos Aires: Antrea, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil**: comunicação ao XIII congresso internacional do direito penal, Cairo, 1984. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1983.

NORONHA, Magalhães Edgard. **Direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEDRAZZI, Césare. **Il concorso di persone nel reato**. Palermo: [s.n.], 1952.

PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de: Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega Universidade, 1998.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: TEA, 1978.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general. Tradução de: Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

URZÚA, Enrique Cury. **Derecho penal**: parte general. [S.L.: s.n.], 1985.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de: Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal**: parte geral. Tradução de: Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.